

契約自由の制限

向井 梅次

契約自由の原則は債權法を通する一大原則であり、相續の自由所有權の絶對性と共に近代私法の動かすべからざる原則とせられ來つたものである。一八〇四年佛國民法典が此原則を確立し、人權宣言が凡て人は自由なり解放せられたりと宣言して以來各國の私法にして之が影響を受けざるもの尠くなかつた。自由競争、個人主義、契約自由にもやがては反動の時期が來た。法律上各人は平等の權利能力を有し自由に契約を締結する能力が與へられても、形式上の平等は何等實質的平等を可能ならしむるを得ず、經濟的弱者は依然として自由競争場裡の落伍者である。然し之にては人權宣言の理想は達せられない、個人主義に對し團體主義、社會主義、契約自由に對し契約制限之に代りて弱者にも生くる道を與へんとする。今や契約自由を制限する立法例尠からず、本稿述ぶる所は斯る契約自由の原則に對する制限の一端のみ。

二

我民法契約自由に關しては明文を以て之を示さず、民法第九十條を以て公序良俗に反する法律行爲を無効なりとするに止まる。私は先づ契約締結自由の制限より始めたい。

契約の締結は原則として契約者の自由と認められてゐる。之が例外は豫約の存する場合及法律の規定により契約締結の強制の存する場合とである。豫約は豫約者の自由意思より發するもので特に問題とすべき所は尠いが、困難なる

は後者の法律による契約締結の強制である。如何なる場合に契約の締結を強制すべきやを概論するは至難であるが茲に開業醫の應招義務に例を採る。即警察犯處罰令第三條第七號に「開業の醫師故なく病者妊婦又は產婦の招きに應ぜざる時は貳拾圓以下の科料に處す」と規定す。醫師につきては法律を以て其資格を限定し且は其職務の社會公益上極めて重要なものなる爲、斯る規定を以て、傳染病患者の診療を拒絶し、夜間の急病人に對し診療を拒絶する不徳の醫師等に對し應招義務を果するのである。然るに斯る規定を解して醫師は斯る應招義務違反につき單に前掲の處罰を國家より受くるに過ぎず、診療の拒絶を受けたる患者は之に對し損害賠償の請求を爲すを得ずとなす說あるも、醫師が斯る義務を國家に對して負ふ点と（應招義務は國家に對する義務と解するを通説とす）、斯る義務違反の結果民法上の不法行爲を形成する点とは之を區別すべきである。從つて此の場合には醫師は其應招義務の違反（他而契約締結の拒絶）により患者に損害を生ぜしめたる時は私法上の責任を負ふべきが當然である。但し斯る責任の生ずるは所謂「故なく」拒絶せる場合に限る。藥代或は報酬の不拂が診療拒絶に對し正當なる理由を供するやに付ては異論なきに非ざるも前掲治安警察法の目的の社會政策に在るより見て之を消極に解するを以て正當と思考するのである。辯護士については之に類似の規定なきも、裁判所よりの辯護の強制を拒むを得ぬ義務がある。又訴訟費用なき無產者に對して訴訟法上の救助が講ぜられてゐるのである。

契約締結の義務は此外運送通信に従事する者に課せらるゝことがある。斯く社會的見地よりする契約締結の強制は今後増加するであらう。

三

事實に於ては自由ならざるが爲に欲する契約を締結し得ないものに對して法の採れる態度は前項に一言した。亦經濟的弱者の地位に立つが爲に其欲せざる契約を締結し、又は欲せずして契約を締結せざるを得ない場合は決して尠く

はないのである。事實上の強制により眞に其希望せざる契約を締結せる場合法律が斯る契約の效力を制限するのは當然である。

契約は文字通り自由であり、當事者は其契約せる通り拘束せらるゝとなせばそれは極めて論理的である。何等社會的情實を考慮せず當事者の意思を枉げざれば其立法は極めて冷靜であらう。羅馬債權法は實に斯る典型的一例である。然るに中世寺院法は利息の制限禁止を行ふ等一切の暴利的行爲を禁止し契約の自由を認めざるに至つたが爲に、却つて取引の敏活迅速を要求する商人の迎ふる所とはならず商人は其團體の自治法を作つた。然るに近世の債權法は商法上の契約自由の原則を一般法として採用するに至つたのである。

契約自由の原則を制限する規定にして最も適用の範圍廣きは公序良俗に關する民法九十條の規定であらう。否此規定は民法の契約自由の精神を裏書するものとも見得る。換言すれば公序良俗てふ範圍内に於て契約自由の活動が許されるのである。即現代に於ては契約自由よりも公序良俗てふ觀念がより重要な地位を占むるのである。従つて契約は當事者の意思表示なるが故に有效なるに非ずして個人間の私法的關係は其當事者任意の合意を以て勝手に定むることが公の秩序を圖り善良の風俗を維持する上に最も適當なるが故である。民法九十條は何等例外法ではないのである。

四

學者が金錢的報酬を受けて教授を爲す契約は羅馬法に於ては公序良俗に反するを以て無効とせられ、婦人が畫家等の面前に於て裸体にてモデルに立つことの契約が無効なりやは某國に於て問題となりたることがある。然るに之等は今日に於ては既に問題となる價值を失ひつゝある。

今日民法九十條の適用を受けて無効となる法律行爲契約は數多いことである。九十條により無効となる契約の内容は大体三つに學者は分類するのである。

その一は姦通の契約、強盜の契約、殺人の契約の如く當事者の負擔する給付そのもの、不當な場合である。又將來甲者が故意に乙者の所有物を破壊するも責任を負はざる旨の契約も不當なる給付を假令現在發生せしめずとも之を促進せしむるものなるを以て同様に解すべきものである。又畫家の面前に裸体の儘モデルとなる契約は有效なるも春畫作成の爲にするが如く公序良俗破壊の手段となり不當なる給付を促進する結果を生ずる時は無効である。

その二は給付そのものは不法ならずとも之れに法律的效果を生ぜしむることが不當な場合である。例へば改宗せず又結婚せず親友某が零落するも救助せず等の契約である。或種の疾病を有する者が終生結婚せざることは道德に適し公序に背かざることがある、信教心強きものは決して改宗の必要なく改宗せざる拘束も其人自身には不當ではないであらう、然し結婚、信教は個人の自由である、法律に於て強制し得べき事項ではないのである。之を強制する所に不法がある。然し個人の身体的自由經濟的自由に拘束を加ふことは必ずしも不法ではない、債權契約は債務者の自由を制限するものである。終日外出せず、數年間高岡市に住居せず數年間舊主と同種の營業を営ます等の契約は自由制限の期間と程度に不法かないものと見られる、然し終生日本に住居せず一生主人に奉公すべき約束、等の無効なるは當然看取せられる。身体生命に危険を及ぼす程度の契約も必ずしも無効ではない、例へば傳染病研究の爲に自己の身体に病菌の注射を許す契約の如き、公益の目的を有するものは有効とし、惡戯の爲火中水中に飛入る可き契約は無効とするを可とする。又公娼制度を是認する我國に於ては藝娼妓稼ぎ契約の效力は當然問題となるが契約期間中廢休業を爲さず又は身分の變を爲さざる(例之藝妓稼ぎの爲に養女となれるが如き場合)契約の無効なるは明かである。大審院判例の示せるが如く貸座敷營業者と藝娼妓間の金錢貸借の契約と身体拘束の契約とを獨立なりと見るべきであらう。婚姻の豫約及之が不履行に對する損害賠償契約も無効説が從來の通説であつた。斯の如き法律的解釋は著しく當事者の意思とは隔離し、青春の男女は法律の冷酷に喫驚するかも知れない。然し現行法の領域内に於ては法律は法律、道德

は道徳である。愛は遙に法律の上に位する。大正八年大審院判例は婚姻豫約の效力を認め豫約違反に對する求償を是認したが、判例によれば「當事者が相互間に將來婚姻の成立せんことを欲して誠實に之が實行を期し確乎たる信念に基き之を約すべきものなることは契約の性質上當に然るべく。若し當事者の一方が正當なる事由なくして之を拒絶したりとせんか相手方が其約を信じて爲したる準備行為は徒勞損失に歸し其品位聲譽は毀損せらるるを以て、其有形無形の損害を賠償すべきは當然なり」としたのである。判例の所謂豫約の觀念は社會一般のそれとは甚だ懸隔を有し、其豫約は所謂事實婚である。

その三は契約による給付そのものは正當なるも金銭的利益と結合せしむることにより不法となるものである。例へば證人が眞正の證言を爲し正當に證言を拒絶する場合に對價を得る契約、或は離婚せられたる實母を同居せしむる時は子は其父に違約金を支拂ふべしとする契約の如き總て無効である。又惡事を爲さざる代りに金銭を與へんとする類然り。身体の健全を害せざる程度の血液の賣買も有効と認めねばならぬ。

民法九十條に關しては法律と道徳との根本問題が横はる。又公序良俗は事實問題なりや、法律問題なりやに疑問が發生する。然し斯る程度に於ける法律と道徳との接觸は許さるべく、法律行為の動機に迄民法九十條を適用する傾向は之を是認せざるを得ない。又公序良俗は之を法律問題として上告の理由となし得るとするを正當と考ふ。

五

フアンティ―又はその憐れなる娘コゼットの爲に其美しき金髪を賣り大切な前歯を賣つた。斯る契約の有効無効を抽象的に論ずる時代は既に過ぎて寧ろ之を賣らしむる必要の生ぜざる様前以て保護を與ふしてふ實質的救済が叫ばれる。社會主義社會政策に基き近代の立法に見る特色の一は社會政策的立法の多きことである。此の点より我民法を見れば、嘗てギールケが獨逸民法草案を評して「草案が社會的作用を默過して個人主義的資本主義的反社會的基本思

想の上に立つてゐることが看取能き」と謂つた言葉が直接其儘適用能きと思ふのである。我民法の精神は現在の社會的經濟的生活と順應せざる所有權、契約自由、法の劃一に基く。民法が弱者を庇護せず年少者の行末を思はざる其精神は今や反省の機運に達してゐる。民法の原動力を更に振返つて見直すべき必要が痛感せられる。今や民法改造論が朝野に喧しいのであるが契約自由の原則は民法改造論と現在如何なる交渉を有し、又將來有すべきであらうか、此の点に關し先づ極めて重要な事は労働に關する契約の自由如何である。雇傭に關する從來の契約自由により如何に多數の貧しい者孤立無援の者が虐待せられ、人と人との有機的結合が聊も顧られなかつたか。労働者の労働は資本家の資本と同様である、何故民法が規律の對象に財産のみを主として労働を無視したるか。財産法より財産と少くとも同程度に於て労働の規定せらるる法律に進化する必要が唱道せられる。労働法の發達は今後極めて注目し値するのである。生産企業的重要なる要素たる労働組織に契約自由の原則を無制限に適合したる結果は從來見たる労働者の悲慘なる狀況である。従つて労働に關しては契約の自由が制限せらるる、諸國が労働法規の完備を遂げつゝあるは其例證である。斯くてこそ資力に於て優秀、優れたる智識と秩序ある組織を有する大資本家と弱き術なき労働者との契約の事實上の不均衡は少しは救はれるのである。

六

現在經濟制度の有する特徴は凡ての財貨の商品化である。單に有形財のみならず労働力も商品として賣買せらるるのである。契約自由の原則により労働力賣買の屈服に對しては次第に保護が與へられ來つた。労働者が人格の自由平等を獲得し、其人格を樹立するが爲、舊來の制度が資本家に對し平等と自由とを保障するに對し、自己にも自由と平等との賦與を要求するものが今日の労働爭議である。

労働者が對等の自由を以て契約を締結せんが爲に認めらるる唯一の手段は其團結である。之により勞資双方の實力

の平均する時眞に内容の充實せる契約の自由がある。労働者の同盟罷業は契約自由の法律制度の下にあるが故に發生し且この制度の下に合法視さるべき要請を有するものである。同盟罷業其他労働爭議の團體的交渉により集團的に労働條件を協定し或は更に進んで労働組合が直接資本家と協定して労働條件の最低限を定め各労働者は其協定條件の範圍内に於て個々の雇傭契約を結ぶのである。斯る労働協約は是認せらるべきものである。然し乍ら強固なる労働者團結の成立は事實上は容易に非ざるが爲に平等なる契約の自由が制限せらるる、即労働立法の有する意義である。契約自由の原則により生ずる弊害を法律の規定により直接制限するか或は間接に當事者双方に平等の勢力を有せしめ之により其自由なる斷引により自由主義の長所のみを發揮せしめんとするものなのである。

斯く労働者の團結は如上の意義に於て正當であり民法九十條の公序良俗に違反しない（同盟罷業に往々騷擾罪を伴ふが爲に今日猶正當なる同盟罷業を以て不法のものと見るものもないではないが。労働者が労働條件の維持及改善の爲に統一ある組織体をつくり一團となりて僱主に對抗することは不法ならざるのみか大に合法なること之を認むる立法例すら存する。結社集會の自由を認むる我憲法上同盟罷業が他の犯罪と併合せざる限りそれ自体は正當である）従つて同盟罷業により僱主の業務が妨害せらるる結果を伴ふも毫も業務妨害を以て直接の目的となさず、僱主に畏怖心を生ぜしむる犯意もない。犯罪構成の主觀的要件を缺き、其業務を休止して僱主に對して一の強制方法を手段とするも或程度の威力は之を示すも暴行強迫と見るべきではない。労働協約の法學的構成並に同盟罷業の私法的效果についても研究を要する所尠くはないが要は同盟罷業は其純粹なる意義に於ては合法的なることより出發して居るのである。

労働者の團結は成り難く、且成るも破れ易いのである。故に團結する労働者相互間に於て團結の鞏固を期するが爲に之が違約脫退者に相當の制裁を加ふことあるは想像能き。斯る趣旨の契約の有效無効解決の鍵は團結其

物の正當不正當の決する所であらねばならぬ。若し其團結にして前述の如き合法的なる要請を有する時、一旦其團結に加入し乍ら尙不法に脱退する者に對し何等被脱退者に救済權を認めないことは極めて不合理である。高岡地方に於て小作人が組合を作り地主に對抗するに際し故なく組合を脱退する者は金數百圓の違約金を支拂ふ旨を約せる契約の效力が近時問題となれるが如くである。之が解決の顛末については何等詳にする所なきも（小作調停法により和解せる如し）、其小作人組合の合法的なる目的を有するものなりしや否やが解決の主眼点である。

七

農村が現代資本主義經濟の渦中に入つてより農村問題は朝野の視聽を惹いたのであるが殊に問題となつたのは小作爭議である。製造工業労働者の團結權と小作料を中心とする小作對地主問題は近代の重要な社會問題である。小作問題に於ける契約自由原則の適用如何。

農村に於ても當事者は事實上平等でなく従つて契約自由の原則は其效力を充分に發揮し得ない。小作人の團結充分にして經濟上對等の地位を占むるに至れば契約自由の原則に制限を加ふる必要はないが、斯る事情なき以上法律は契約自由の原則の適用を制限して小作人を保護しなければならぬ。

現行法によれば永小作權以外の普通の小作權は地主對小作人間の債權であつて決して物權ではない。小作契約中には何十年と期限を附したる場合にも尙地主に於て入用の節は何時にても土地を引上げる旨或は小作人より不得已事情有之期限内小作御斷仕候場合には必ず其年の何月何日迄申出翌年度よりの小作解除の御承諾を受くべきこと等の約款を附することが多い。民法六百十八條により期間を定めたる期間内解約權を留保せる時は一年の豫告期間を要する旨が定められて居る。前掲の約款が一定期限を以て耕作を豫期する小作人の地位を著しく不安ならしめ地主側の強制的なるものであつて契約自由の原則が適用出来ないと解する、従つて民法六百十八條は強行法規と解される結果となる

が、民法六百十八條は任意法規であるが斯る約款が公序良俗に反するから無効となるものとなす學說もある。

八

以上の外社會政策的目的を以て契約自由を制限するものは少くはない。住宅の賃貸人と賃借人との關係、家屋の賃貸人と賃借人との關係等之である。借家法(大正十年)は契約自由の制限を法律を以て行ふものである。

本年富山縣に於て發生し全國的に影響を及ぼせる電燈爭議の如き、之を契約自由の原則との關係も考へ得られる。契約締結當時不平等に不利なる電燈供給契約を締結したる無產者が團結して斯る契約の無効(嚴格なる意義に非ず)を主張したるものである。電燈の如き獨占的必需品につき事實上不平等なる當事者間には契約自由の原則は其特長を發揮し得ないのである。

九

從來述べ來つた所は公序良俗による契約自由の制限であつた。契約自由を制限するものは此外に、取引の安全がある。民法が取引の靜的動的安全を保護るが爲に認むる契約自由の制限は甚多いのである。個人の無能力、故意、過失、詐欺、錯誤、強迫等を理由として契約を無効或は取消し得又は取消し得ざらしむる等の諸例は枚舉に暇はない。斯る契約自由の制限は本稿の主たる對象ではないのである。

抽象的な法規は吾人の社會生活に於ける行爲の準則の具體的個別的なる爲に、其性質上幾他の原則により補はれなければならぬ。獨佛等の民法の規定する取引の慣習を顧慮したる信義誠實の原則も成法補充の效力を有するもの、一である。

例へば何時にても返金し得る契約を以て金錢の賃借を爲したる双方の當事者が旅行中強盜に出會したる時債務者が返済を爲さんとするも斯る辨済の效力を認むることができないのである。嚴密に契約自由の原則を適用すれば斯る場

合に於ける辨濟は有効となるけれどもそれでも社會の信義誠實に合しない。信義誠實の原則は近代債權法に於ける一の基本的原則であつて我大審院も之を採用してゐるのである。(大正九年)要するに契約の自由か取引の安全信義誠實の爲に制限を受ける場合も多いのである。

十

個人主義より團體主義への推移は近時の財産法の一傾向である。契約自由の原則についても亦明かに個人主義より團體主義に移り行く傾向を認めざるを得ない。契約自由の原則は總ての他の私法的制度と同様社會的利益を保護することを以て目的とし公共的利益を達する爲の手段として個人の意思を尊重するものなりとする團體主義に基くものである。個人の意思は自由であるが、公序良俗に反するものは例外として效力を認めずて個人主義より離れ來つたことが契約自由の原則の今日に至る迄の概觀である。斯くの如きは法律一般に付ての社會化である。私法についての社會的傾向とも謂ふべきである。

唯茲に注意すべきは契約自由制限の傾向は經濟的に非對等なる者の間の契約に見る傾向である。契約締結に際し法律的實質的に平等の能力を有する者に契約自由の原則を制限して適用するは冗長も極れるものである。契約自由の原則活躍舞臺は商法である。然るに商法に於ては海員に關する保護規定(日商五七六條以下)商業使用人保護に關する規定(同五九條以下)等社會的規定は少くはない。商法は寧ろ企業法又は經濟法とも呼ばるべき純經濟的活動關係を規律する任務を有する取引法である。故に之等の社會政策的規定は商法固有のものではない。商取引の領野に契約自由の原則の適用あることは商法をして民法より獨立せしめし沿革的理由の一でもある。